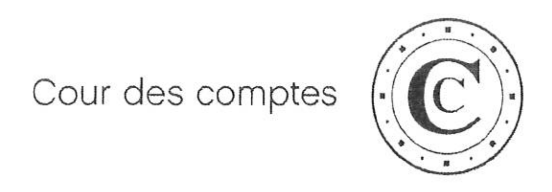


Le Premier président Le 17 JUIL. 2018

à

Monsieur le Procureur général,

Mesdames et Messieurs les Présidents de chambre,

A l'occasion de l'audience solennelle de rentrée de janvier dernier, j'ai évoqué devant le président de la République l'exigence de réformer en profondeur le régime de responsabilité des gestionnaires publics.

Des réflexions sur ce sujet ont par ailleurs été initiées par le Gouvernement dans le cadre des travaux du comité action publique 2022. Elargies à l'organisation de la fonction financière et comptable au sein de l'Etat et des collectivités territoriales, ces réflexions, non définitives à ce jour, invitent à une modification en profondeur du rôle et des responsabilités des différents acteurs (ordonnateurs et comptables) avec de possibles conséquences sur les missions mêmes des juridictions financières.

Dans ce contexte, il apparait nécessaire de rappeler les principes fondateurs de notre ordre public financier, tout en examinant leur nécessaire adaptation aux évolutions de l'administration et aux exigences croissantes d'efficacité et de transparence auxquelles doivent répondre les gestionnaires publics.

Afin d'arrêter sur ces sujets une position partagée, et que cette position puisse être portée dans les débats à venir et à l'occasion des échanges avec le Gouvernement, je souhaite que la conférence des présidents, réunie à l'issue du séminaire du 23 juillet prochain, puisse examiner les propositions contenues dans la note jointe.

Didier Migaud

13, rue Cambon ▪ 75100 PARIS CEDEX 01 ▪ T +33 1 42 98 95 00 ▪ www.ccomptes.fr

RESPONSABILITE DES GESTIONNAIRES PUBLICS

EVOLUTIONS JURIDIQUES SOUHAITABLES ET RÔLE DES JURIDICTIONS FINANCIERES

Elément essentiel de l'ordre public financier, la responsabilité des gestionnaires et la possibilité de sa mise en jeu participent directement de la confiance de nos concitoyens dans l'action publique et dans ceux qui en ont la charge. Elles répondent à l'exigence de l'article 15 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, selon lequel « *la Société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ».

Fondé sur des principes anciens, notre régime de responsabilité distingue les deux acteurs centraux de l'exécution de la dépense publique : d'un côté, l'ordonnateur qui prescrit les dépenses et les recettes et, de l'autre, le comptable public qui manie les deniers publics et qui, après avoir exercé son contrôle sur les actes de l'ordonnateur, encaisse les recettes et procède au paiement. **Chacun de ces acteurs obéit à un régime de responsabilité qui lui est propre.**

Ce système apparaît aujourd'hui perfectible.

En effet, les juridictions financières appellent de leurs vœux de longue date l'élargissement des marges de manœuvre et de l'autonomie des gestionnaires publics, par un retour notamment à l'esprit de la loi organique relative aux lois de finances, afin que ceux-ci puissent s'engager sur leurs résultats, tout en assumant la part de risque inhérente à leurs fonctions.

Mais cet élargissement a un corollaire : la rénovation du système de responsabilité financière afin de sanctionner à un juste niveau et de manière réaliste les fautes de gestion et les manquements aux règles budgétaires et comptables.

Ainsi, le régime de responsabilité des comptables pourrait encore évoluer et gagner en efficacité, dans la continuité des réformes conduites en 2008 et 2011, à travers notamment une prise en compte effective des conditions d'exercice de la fonction comptable. Quant à la responsabilité des ordonnateurs, elle est mise en jeu devant une juridiction (la CDBF) qui voit échapper à sa compétence un nombre important de gestionnaires publics (notamment les ordonnateurs locaux), ce qui se traduit, pour les gestionnaires concernés, soit par l'absence de mise en jeu de leurs responsabilités, soit par une mise en jeu devant le juge judicaire, avec le risque d'une pénalisation systématique de la gestion publique. Cette évolution doit également permettre un meilleur partage des responsabilités entre les gestionnaires publics et les comptables publics.

Dès lors, il convient de s'interroger sur la pertinence et l'efficacité du système existant et sur les modalités de son adaptation aux évolutions de l'administration, confrontée à des exigences croissantes en termes d'efficacité, de transparence, ainsi qu'aux enjeux de la numérisation et de la dématérialisation.

Dans cette perspective, après avoir exposé les atouts fondamentaux de la séparation des ordonnateurs et des comptables (I), la présente note formule des propositions d'évolutions juridiques structurantes s'agissant de la responsabilité des comptables publics (II) et des ordonnateurs (III).

Ces évolutions s'appuient sur quelques principes simples : une définition claire des rôles respectifs des différents acteurs de la gestion publique, une responsabilité qui, si elle ne les entrave pas, n'en est pas moins effective, et une garantie donnée à nos concitoyens quant à la régularité et à l'efficacité de l'action publique.

I. La séparation des ordonnateurs et des comptables

Loin d'être dépassée, la séparation de l'ordonnateur et du comptable et l'indépendance qu'elle octroie à ce dernier sont un principe cardinal de la bonne gestion publique et offrent les garanties d'un contrôle effectif de l'action des gestionnaires publics, soit par le comptable lui-même soit par le juge dont il relève. Dans les petites et moyennes collectivités territoriales, il s'agit de la seule forme effective de contrôle.

Elle permet de garantir une information financière complète et indépendante répondant à l'impératif de l'article 47-2 de la Constitution[1].

Surtout, ce principe indispensable n'empêche pas de faire évoluer l'organisation actuelle dans le sens d'une coordination accrue entre ses deux acteurs et d'une plus grande mutualisation de leurs moyens et de leurs outils. Bien des pistes sont envisageables à cet égard, pour concilier la sécurité des deniers publics et la transformation de la chaîne de la dépense vers plus d'efficacité.

a. Les atouts fondamentaux de la séparation des ordonnateurs et des comptables

i. Une séparation historique ...

La séparation des rôles de prescripteur des dépenses et des recettes, d'une part, et de payeur / receveur de ces mêmes dépenses et recettes, d'autre part, est un mode d'organisation administrative et technique qui présente un intérêt majeur pour toute organisation, privée ou publique, maniant des fonds et des valeurs et qui souhaite en assurer la sécurité.

Justification historique de la séparation des ordonnateurs et des comptables au sein des organisations publiques, le principe en est simple : celui qui possède le pouvoir d'ordonnancer les dépenses et les recettes n'a aucune maîtrise de la caisse de l'organisme ; celui qui détient et « ouvre » la caisse n'a aucun pouvoir de décision : il retrace dans ses écritures les opérations qui lui sont ordonnées par l'ordonnateur et opère les décaissements et les encaissements correspondants. Cette séparation est ainsi une réponse à l'appréhension d'un double risque : celui que l'ordonnateur ne procède pas toujours dans le meilleur intérêt de la collectivité et celui que le comptable agisse de manière irrégulière et inappropriée.

[1] Les comptes des administrations publiques sont réguliers et sincères. Ils donnent une image fidèle du résultat de leur gestion, de leur patrimoine et de leur situation financière.

Dans les organismes régis par les règles de la comptabilité publique, ce mode d'organisation dépasse la simple spécialisation fonctionnelle pour revêtir les caractéristiques d'une division stricte au plan organique, les deux fonctions étant incompatibles et aucun lien de subordination ne pouvant exister entre l'ordonnateur et le comptable lorsque ce dernier exerce son office.

La dualité « gestionnaire / caissier » se double logiquement d'une distinction au sein des écritures comptables entre les opérations budgétaires (déclenchées par l'ordonnateur) et les opérations non budgétaires réalisées par le comptable public de manière autonome (ainsi celui-ci mouvemente seul la plupart des comptes de tiers et les comptes de disponibilités).

La sécurité conférée par la séparation des ordonnateurs et des comptables apparaît en outre particulièrement opportune s'agissant de deniers publics, généralement issus de prélèvements fiscaux ou de contributions obligatoires, dont les gestionnaires ne sont que dépositaires et non pas détenteurs ou propriétaires.

ii. ...devenue le fondement de notre système de finances publiques

Fondement historique de la séparation des ordonnateurs et des comptables telle qu'elle existe encore aujourd'hui, cette distinction a été développée bien au-delà du besoin de garantir la probité des gestionnaires. Elle constitue aujourd'hui une norme fondamentale de l'organisation des finances publiques, en lien direct avec le caractère démocratique de la gestion publique, ainsi que l'énonce l'article 15 précité.

Le consentement à l'impôt et l'autorisation de la dépense, qui sont autant à la base de la démocratie que le vote de la loi, se déclinent en droit budgétaire au travers des principes d'annualité, d'unité, d'universalité, de spécialité et de sincérité. Ces derniers seraient toutefois sans aucune portée si, au stade de l'exécution des budgets, aucun contrôle n'en garantissait le respect. **Le socle de cette garantie est constitué par l'attribution au comptable public de pouvoirs de contrôle spécifiques sur l'ordonnancement des opérations.**

Ces contrôles ont une triple finalité : premièrement, préserver les intérêts de la personne publique, et donc du citoyen/contribuable qui la finance, même si l'ordonnateur les néglige ; deuxièmement, créer les conditions des autres contrôles (politique, juridique, administratif et financier) ; troisièmement protéger l'ordonnateur en lui apportant une garantie de conformité de ses propres décisions et en le prémunissant des éventuelles pressions dont il pourrait être l'objet. A ces trois objectifs, il convient d'en ajouter un quatrième : celui de prévenir l'ingérences des tiers dans le maniement des fonds publics.

En matière de recettes, l'indépendance et les contrôles du comptable public offrent par ailleurs l'intérêt de la mise en œuvre de voies de recouvrement forcé sans intervention d'un juge. Une telle prérogative serait difficilement acceptable en l'absence de séparation entre l'ordonnateur et le comptable, la personne publique possédant alors à la fois le pouvoir de constater, voire de faire naître à son profit une créance, et celui de contraindre le débiteur ainsi désigné à l'honorer.

Par ailleurs, la traçabilité des opérations des ordonnateurs est assurée par l'ensemble des écritures passées par le comptable public, lequel dresse, au terme de chaque exercice, le compte annuel de la personne publique (bilan, compte de résultat, etc...). Cette traçabilité des opérations est renforcée par la conservation par le comptable des pièces justificatives et des pièces comptables, l'ensemble de ces éléments étant ensuite produits au juge des comptes.

En produisant le compte, le comptable public assure ainsi une information financière fiable, documentée et indépendante et qui rend possibles les autres contrôles sur la gestion de la personne publique. Il matérialise ainsi quasi-littéralement l'article 15 de la DDHC. A supposer que les comptables publics soient remplacés par des comptables « ordinaires » intégrés aux services de l'ordonnateur, les exigences démocratiques, le besoin de transparence et la sensibilité du recouvrement et de l'emploi des deniers publics rendraient à tout le moins indispensable de doter ceux-ci d'une nécessaire indépendance vis-à-vis de l'ordonnateur.

b. Un principe qui peut être aménagé et qui n'empêche pas la coopération entre l'ordonnateur et le comptable

La séparation des ordonnateurs et des comptables a déjà connu des aménagements importants et prouvé son adaptabilité pour assurer une gestion plus souple et efficace. Ainsi, les régies d'avances et de recettes permettant à un agent hiérarchiquement subordonné à l'ordonnateur de manier et de détenir des deniers publics sous le contrôle du comptable existent de longue date. Aujourd'hui, sont mis en place des services facturiers qui permettent la constitution de services mutualisés entre ordonnateur et comptable et d'une chaîne de traitement intégrée, dans le cadre d'un système d'information partagé. Un contrôle allégé en partenariat a également été introduit conduisant à assouplir les contrôles notamment par la réalisation de vérifications ex-post ou par sondage.

A terme, la généralisation de systèmes d'information communs ou partagés apparaît comme une perspective réaliste, souhaitable et incontournable, ouvrant la voie à la transformation des postes comptables désormais plus étroitement associés au fonctionnement des services de l'ordonnateur.

Les processus de saisie et de traitement des données doivent permettre aux comptables publics d'exercer leur rôle spécifique dans un tel contexte et ne sont nullement incompatibles, par principe, avec la séparation des ordonnateurs et des comptables. Au contraire, l'identification des rôles et des interventions spécifiques de chacun des acteurs permet au comptable de continuer à remplir sa fonction propre de contrôle des opérations initiées par l'ordonnateur. De plus, l'intégration des chaînes informatiques est de nature à dégager des moyens et du temps de travail au profit de la réalisation des contrôles.

Une organisation ainsi rénovée de la fonction financière serait d'ailleurs de nature à accélérer la modernisation des fonctions de comptable public en continuant à développer une approche plus hiérarchisée et plus partenariale du contrôle, incluant notamment **une véritable expertise du contrôle interne de la personne publique.** Les travaux réalisés par la Cour, notamment dans le cadre de sa mission de sa certification des comptes, montrent à cet égard que l'effectivité des systèmes de contrôle interne des administrations dépend en grande partie de l'existence d'une surveillance externe efficace capable de repérer les erreurs et les anomalies et d'intervenir pour les corriger.

En contrepartie, le comptable public pourrait voir son rôle et son autorité accrus en vue d'une amélioration de la gestion patrimoniale, de la fiabilité des enregistrements et des processus ayant une incidence comptable, du respect des règles budgétaires et comptables (rattachements à l'exercice, provisionnement, cohérence des engagements juridiques et comptables, etc…) et, plus globalement, de la fidélité de l'image fournie par les comptes de la personne publique.

II. La responsabilité personnelle et pécuniaire (RPP) des comptables publics

Avec le principe de la séparation entre les ordonnateurs et les comptables, la RPP est le second garde-fou de notre ordre public financier. Les mesures parfois évoquées qui consisteraient à la supprimer ou à en atténuer la portée ne pourraient que susciter l'incompréhension de nos concitoyens, dont les exigences en termes de reddition des comptes, de transparence de la gestion publique et de redevabilité de ceux qui l'exercent sont croissantes.

En revanche, la RPP peut et doit être modernisée. Des pistes existent pour la faire évoluer et gagner en pertinence, dans le prolongement de la réforme de 2011 qui avait ouvert la voie à un autre type de sanction que le seul débet. L'un des scénarios envisageables, qui a la préférence de la Cour, consisterait en une rénovation profonde du débet, qui serait maintenu, mais tout en permettant désormais au juge d'apprécier les responsabilités respectives du comptable public, d'une part, et de l'ordonnateur et de ses services, d'autre part.

a. La responsabilité personnelle et pécuniaire des comptables devant le juge des comptes : une garantie à maintenir

La responsabilité personnelle et pécuniaire du comptable public (RPP), définie à l'article 60 de la loi du 23 février 1963, est attachée aux contrôles qu'il lui incombe d'exercer en matière de recettes, de dépenses et de patrimoine et dont il rend compte devant un juge spécialisé. Elle garantit l'indépendance et l'effectivité du rôle qu'il exerce (décliné aux articles 19 et 20 du décret GBCP) vis-à-vis des ordonnateurs.

La RPP renforce ainsi la crédibilité des comptables dans leurs relations avec l'ensemble de leurs interlocuteurs car la manière dont ils conduisent leur action et réalisent leurs contrôles peut en permanence s'appuyer sur le fait que toute défaillance de leur part est susceptible d'engager leurs propres deniers.

Supprimer cette responsabilité pécuniaire ferait des comptables publics de simples « caissiers », sans moyen de résister à d'éventuelles pressions des ordonnateurs. Une telle démarche serait mal comprise par l'opinion qui verrait disparaître un dispositif éprouvé qui protège les deniers publics et qui contribue à responsabiliser financièrement des fonctionnaires chargés de responsabilités dans un domaine particulièrement sensible.

b. Les limites du dispositif actuel

Le régime de la RPP a été réformé en profondeur en 2011, dans le but d'éviter les « débets sans préjudice », c'est-à-dire la mise à la charge du comptable, et le cas échéant de l'État en cas de remise gracieuse, d'une dépense certes irrégulièrement payée mais **sans incidence financière** et dont le reversement à la collectivité conduirait à l'enrichir sans cause.

Elle a conduit à distinguer parmi les manquements imputables aux comptables ceux qui ont entraîné un préjudice financier (cas d'une dépense indue, d'une recette non recouvrée, d'un manquant en deniers, etc.) et qui justifient le prononcé d'un débet pour la totalité de la somme en cause, de ceux qui traduisent certes une irrégularité mais qui n'ont entraîné aucun préjudice financier (par exemple lorsque le service a été fait). Dans ce dernier cas, le juge des comptes fixe, dans les limites d'un plafond assez bas et en tenant compte des circonstances de l'espèce, une somme non rémissible (SNR) qui est mise à la charge du comptable.

Si cette réforme a eu le mérite de simplifier la procédure en l'absence de préjudice et de s'éloigner d'un jugement uniquement centré sur les comptes, en prenant en considération les conditions d'exercice de la fonction comptable et l'existence de circonstances exonératoires, elle fait l'objet aujourd'hui d'un certain nombre de critiques qui invite à réfléchir à une évolution plus ambitieuse du régime de responsabilité des comptables.

La principale critique réside dans ce qui serait une conception trop extensive par le juge des comptes du manquement ayant entrainé un préjudice. Alors que la réforme de 2011 visait à éviter les mises en débet pour des irrégularités formelles, la définition « large » de la notion de préjudice par le juge conduirait à vider de son sens la réforme avec, pour l'essentiel, des jugements avec préjudice et donc des débets dont la remise gracieuse est en outre plafonnée, ce qui n'était pas le cas dans le précédent régime de responsabilité où le ministre disposait, dans tous les cas, d'un pouvoir de remise totale.

Par ailleurs le dispositif serait très rigide et contraindrait le juge à répondre de manière binaire à la question du préjudice avec, lorsqu'il prononce un débet (cas du manquement avec préjudice), l'impossibilité de prendre en compte les circonstances de l'espèce et de déterminer la somme équitable qui devrait être mise à la charge de la comptable, les circonstances atténuantes ou exonératoires ne pouvant en effet être invoquées qu'en cas d'absence de préjudice.

c. Les pistes de réforme

Pour répondre à ces critiques deux pistes de réforme peuvent être envisagées.

i. Scénario 1 : la fin du débet et la généralisation d'une somme non rémissible (SNR) plafonnée, dans une logique répressive

La première piste s'inscrit dans une logique de sanction et non plus dans celle du rétablissement de la caisse publique, nécessaire lorsqu'une recette n'a pas été encaissée ou qu'une dépense a été irrégulièrement payée. Il s'agirait donc de mettre fin au débet et de généraliser le principe de la somme non rémissible (SNR) plafonnée.

Ce premier scénario, qui privilégie une approche strictement « répressive », présente l'avantage de la simplicité et conduit à une forme de généralisation du dispositif actuel de somme non rémissible avec, pour le juge, la possibilité d'une modulation en fonction de circonstances atténuantes ou aggravantes. Il s'agirait ainsi d'examiner chaque manquement et de le sanctionner par une forme d'amende d'un montant approprié.

Mais ce scénario présente plusieurs inconvénients :

- Il ne permettrait plus de réparer les indéniables conséquences civiles de certains manquements (par exemple, des paiements non libératoires ou des déficits de caisse) ;
- Il apparaît comme directement concurrent du régime de sanction, assez voisin, de la Cour de discipline budgétaire et financière (CDBF) ;
- Il n'est pas spontanément applicable aux gestions de fait ;

- La nature juridique de ces sanctions (répressive, disciplinaire, amende civile ?) reste enfin ambiguë et donnerait un caractère répressif bien plus marqué aux décisions du juge des comptes qui pourraient passer sous l'empire du volet pénal de la convention EDH, avec les conséquences qui en découleraient en terme de procédure : droit de se taire, droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, etc.

ii. Scénario 2 : un débet maintenu mais profondément rénové, avec l'appréciation par le juge des responsabilités respectives du comptable public et de l'organisme

Le second scénario, plus proche de la conception historique du jugement des comptes, s'inscrit dans une logique de réparation.

Il part du principe que le comptable public, par ses contrôles, fournit à l'organisme public une présomption de fiabilité de ses comptes et de ses opérations, ainsi qu'une assurance de sécurité de ses deniers. Cette présomption et cette assurance sont altérées par tout manquement dont il se rend responsable : tout manquement entraîne donc à ce titre un préjudice effectif, lequel appelle réparation. **Ce préjudice peut être patrimonial ou non.**

En cas de préjudice « patrimonial », le débet indemnise l'organisme public, à l'instar des dommages-intérêts en droit commun, dans les limites du décaissement opéré ou de l'encaissement non réalisé.

Dans cette perspective « civiliste », il serait logique tout d'abord de **tenir compte de la part de responsabilité respective des deux parties à l'instance en reddition de comptes : la personne publique et le comptable.** Le plus souvent, les manquements des comptables publics ont en effet leur origine dans une irrégularité, un dysfonctionnement ou une volonté de l'ordonnateur ou de ses services. Il pourrait en être tenu compte dans la détermination de la part du débet que le comptable public (et solidairement l'Etat) devra supporter. Le solde, c'est-à-dire la part non imputable au comptable, serait laissé à la charge de la personne publique sans qu'il y ait lieu de la « condamner explicitement » puisqu'elle a déjà supporté les conséquences pécuniaires du manquement qu'elle a contribué à provoquer. Ainsi, le débet ne serait plus mécaniquement égal au montant de la dépense irrégulière ou de la recette non recouvrée.

Le débet supporté par le comptable serait ensuite modulé en fonction du comportement et de la situation de l'intéressé lui-même et des éléments qui peuvent venir atténuer sa responsabilité : fonctionnement du poste comptable, difficultés ou contraintes particulières, existence d'un plan de contrôle sélectif et respect ou non de celui-ci, situation matérielle du comptable (en particulier le montant de son cautionnement), etc. La prise en compte de ces circonstances atténuantes ou exonératoires par le juge des comptes viendrait réduire le montant laissé *in fine* à la charge du comptable public.

En cas d'absence de préjudice patrimonial, un débet « forfaitisé » (équivalent *a priori* à la SNR actuelle), évalué par le juge en fonction des « circonstances de l'espèce » et proportionné à l'ampleur des manquements relevés, pourrait réparer un préjudice « non patrimonial » subi par la personne publique concernée.

Ce scénario présente trois avantages.

D'abord, il préserve les principes spécifiques de la RPP à savoir, d'une part, **son caractère « objectif »**, c'est-à-dire le fait que la responsabilité est mise en jeu sans faute par un manquement fondé sur les seuls éléments matériels du compte et, d'autre part, le **principe du rétablissement de la caisse** dans le cas où le manquement a causé un préjudice patrimonial. Outre la protection particulière due aux deniers publics, ces caractéristiques justifient que le jugement des comptes constitue un contentieux à part mis en œuvre par une juridiction spécialisée.

Sans bouleverser totalement le schéma et les principes de jugement actuels, ce scénario diminuerait ensuite vraisemblablement de manière sensible le montant des débets, ce qui répondrait aux inquiétudes formulées par certains quant au coût et à l'assurabilité du régime actuel.

Enfin, il s'inscrirait dans la continuité des réformes récentes, et notamment de la réforme de 2011 qui avait instauré le principe de l'absence de débet sans préjudice constaté. Un tel dispositif serait cohérent avec une mise en jeu de responsabilité administrative aujourd'hui fondée sur la seule réparation d'un préjudice. Le rôle du juge des comptes n'en serait pas réduit ni restreint et le jugement des comptes trouverait un fondement théorique logique au travers de la notion juridique de réparation, écartant le risque de « pénalisation » de la qualification de ses procédures, tout en gardant sa spécificité. En outre, il ne se poserait pas en concurrence avec une responsabilité des gestionnaires « répressive » de type CDBF.

Pour finir, le débet ainsi conçu ne serait plus *a priori* susceptible de remise gracieuse par le ministre et permettrait de mettre fin au système actuel de « justice retenue », le pouvoir de modulation du juge, éventuellement plafonné ou encadré, se substituant au pouvoir de remise du ministre.

III. La responsabilité des ordonnateurs

La responsabilité des ordonnateurs est mise en jeu devant une juridiction (la CDBF) au périmètre et à l'action limités et qui voit échapper à sa compétence un nombre important de gestionnaires publics (notamment les ordonnateurs locaux). Cette situation se traduit, pour les gestionnaires, soit par l'absence de mise en jeu des responsabilités, soit par une mise en jeu devant le juge pénal, assortie de sanctions souvent disproportionnées.

Plusieurs pistes peuvent être envisagées pour rendre plus efficace la CDBF : le champ de ses justiciables pourrait être élargi aux élus locaux en cas de faute intentionnelle ou lourde et en cas de préjudice caractérisé. Le champ des infractions pourrait être élargi avec, par exemple, l'élargissement de l'infraction d'octroi d'un avantage injustifié à l'avantage injustifié procuré à soi-même. Enfin, une meilleure articulation avec le juge pénal est nécessaire.

a. Les limites du dispositif actuel

Le régime actuel est en grande partie inadapté, entre le risque d'une pénalisation excessive de l'action publique et des mises en cause pénales parfois inappropriées et une responsabilité financière dont la portée, au regard de l'activité de la CDBF, apparaît pour le moins limitée. Par ailleurs, la perspective de la suppression de la Cour de Justice de la République rend nécessaire de réexaminer le régime de responsabilité des ministres qui, entre leur responsabilité politique et leur responsabilité pénale de citoyen, doivent pouvoir rendre compte de manière pertinente de leurs actes de gestion.

Un champ de justiciables de la CDBF trop restreint aboutit aujourd'hui à une pénalisation de la responsabilité des gestionnaires publics : le mécanisme de sanction des irrégularités et des fautes de gestion devant la CDBF apparaît clairement limité et bride son activité. Les membres du Gouvernement n'entrent pas dans le champ de compétence de cette juridiction et **les élus locaux n'en sont des justiciables que par exception[2].**

Si la jurisprudence sur la gestion de fait permet parfois de sanctionner les ordonnateurs, quels qu'ils soient, lorsqu'ils manipulent des fonds publics en lieu et place des comptables publics, le champ de la gestion de fait est très loin de recouvrir l'ensemble des manquements aux obligations financières pouvant être commis par les responsables publics.

Ces exclusions du champ de la CDBF sont d'autant plus problématiques qu'un ordre écrit[3] de la main de ces non-justiciables suffit à garantir l'immunité de leurs subordonnés. Ainsi, il n'est pas rare de voir certains d'entre eux recourir en connaissance de cause à un ordre écrit afin d'ordonner, en toute impunité, la mise en œuvre d'une décision irrégulière.

---

[2] Lorsqu'ils agissent en dehors de leurs fonctions électives ; lorsqu'ils ont réquisitionné le comptable public et qu'ils ont octroyé un avantage injustifié à autrui ; en cas d'inexécution de décisions de justice concernant l'administration qu'ils dirigent.

[3] CJF, Art. L. 313-9 : « *Les personnes visées à l'article L. 312-1 ne sont passibles d'aucune sanction si elles peuvent exciper d'un ordre écrit de leur supérieur hiérarchique ou de la personne légalement habilitée à donner un tel ordre, dont la responsabilité se substituera dans ce cas à la leur, ou donné personnellement par le ministre compétent, dès lors que ces autorités ont été dûment informées sur l'affaire* ».

Plus largement, la limitation du champ des justiciable de la CDBF, ne permet pas une articulation cohérente entre les deux systèmes répressifs financier et judiciaire et le régime de responsabilité actuel conduit soit à une absence de sanction, inacceptable pour le citoyen, soit à des poursuites pénales, parfois inadaptées, voire disproportionnées. Cette situation contribue *« à une forme d'irresponsabilité relative du quotidien, pour tous et toutes pour finir dans une forme de responsabilité pénale intenable, pour chacun »*[4].

Il en résulte un manque d'articulation dans les choix de poursuite. D'une manière générale, les mêmes comportements peuvent constituer des infractions à la fois financières et pénales et les deux procédures ne sont pas exclusives. De nombreuses infractions financières sont ainsi susceptibles d'être pénalisées : le non-respect des règles d'exécution des recettes et des dépenses peut être constitutif de concussion, l'imputation irrégulière ou le dépassement de crédits peuvent relever du faux en écriture publique, l'attribution irrégulière d'une subvention pourrait être sanctionnée au titre de la prise illégale d'intérêts, ou encore la faute conduisant à un préjudice peut avoir des éléments communs avec des faits de détournement de fonds publics ou d'abus de biens sociaux.

Or en pratique, la saisine des juridictions pénales ne concerne pas toujours des faits relevant des atteintes au devoir de probité et de simples fautes de gestion sans caractère intentionnel peuvent être réprimées pénalement. C'est notamment le cas de certaines violations des règles de la commande publique[5] qui, malgré un caractère parfois purement formel, sont sanctionnées par le juge pénal.

En cette matière, les irrégularités peuvent revêtir la qualification de favoritisme (article 432-14 du code pénal). Or, la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation se montre assez peu exigeante dans la caractérisation de l'élément intentionnel du délit de favoritisme. Ainsi, elle n'hésite pas à recourir au mécanisme de la présomption et à l'objectivation pour caractériser l'élément intentionnel, admettant par là-même la répression en cas de violation purement formelle[6].

Par ailleurs, les doubles poursuites, encore fréquentes, doivent être évitées. En effet, si le principe du cumul des poursuites devant le juge pénal et la CDBF a été déclaré conforme à la Constitution en 2016 par le Conseil constitutionnel, qui a formulé deux réserves d'interprétation[7], le risque de voir appliquée une conception plus restrictive du principe *non bis in idem* n'est pas exclu. **Ces éléments justifient la recherche d'une complémentarité accrue entre les deux ordres de juridiction, qui poursuivent des objectifs différents.**

---

[4] Discours du président de la République, lors de l'audience solennelle de rentrée de la Cour des comptes, le 22 janvier 2018.

[5] Défaut de publicité, passation d'avenants pour tenure comte de contraintes de calendrier ou de chantier, dépassement des seuls imposant une procédure différente de mise en concurrence, etc.

[6] Quand elles sont élues ou fonctionnaires, les personnes punissables sont présumées avoir pleine connaissance des dispositions légales et réglementaires relatives aux marchés publics. Un maire ne peut invoquer efficacement une méconnaissance des procédures relatives aux appels d'offre (Crim. 15 sept. 1999 ; Crim. 16 janvier 2002).

[7] Décision n° 2016-550 QPC du 1er juillet 2016, le Conseil constitutionnel a déclaré l'article L. 314-18 du CJF conforme à la Constitution sous les deux réserves, l'une tenant au respect du principe de proportionnalité des sanctions, l'autre au respect du principe de nécessité des délits et des peines.

b. Les pistes envisageables pour une plus grande efficacité de la CDBF

i. L'extension du champ des justiciables

Un rééquilibrage est nécessaire et passe par un élargissement du champ des justiciables de la CDBF. **Cette extension à tous les gestionnaires publics** aurait pour conséquence de mettre fin à l'immunité précédemment évoquée. S'agissant plus précisément des ordonnateurs locaux, il s'agirait de rééquilibrer le régime de responsabilité de ces gestionnaires publics qui aujourd'hui relèvent, pour l'essentiel, de la seule juridiction pénale.

Dans le prolongement des précédentes propositions formulées par la Cour, une première option consisterait à mettre fin à l'exclusion générale des élus locaux et des membres du Gouvernement, du périmètre des justiciables de la CBDF (article L 312-1 du CJF).

Toutefois, la sensibilité d'une telle réforme pourrait conduire à une seconde option. Sans envisager la mise en œuvre d'une responsabilité générale de tous les gestionnaires publics devant la CDBF, il s'agirait d'étendre le champ des exceptions, qui est aujourd'hui applicable. Les élus locaux et les ministres pourraient être ainsi justiciables de la CDBF mais uniquement en cas de faute intentionnelle ou lourde et de caractérisation d'un préjudice.

Cette extension serait tout à fait comparable à ce qui est pratiqué aujourd'hui au Portugal et en Italie.

La « Corte dei Conti », institution supérieure de contrôle italienne, est compétente pour juger de la responsabilité administrative et financière des ordonnateurs (y compris les ministres et les élus locaux) ayant causé, intentionnellement ou par une faute lourde, un préjudice à l'administration. Son action s'inscrit davantage dans une logique compensatoire de réparation du préjudice que dans une logique de sanction, et est indépendante de l'engagement de la responsabilité pénale pour les mêmes faits. La notion de préjudice est entendue largement par la jurisprudence de la Cour, et peut recouvrir à la fois un dommage financier et un dommage causé à l'« intérêt public » (exemples : atteinte à l'image de l'Etat, atteinte à la qualité du service public). La quantification du préjudice relève du juge de la Corte dei Conti, qui dispose d'un pouvoir de modulation du montant de l'indemnisation effectivement due par l'ordonnateur en fonction de certaines circonstances. Juge des ordonnateurs, la Corte dei Conti est également juge des comptes des comptables publics, selon des modalités très proches de celles qui existent en France.

En tout état de cause, la possibilité donnée à un gestionnaire public, s'il demeurait non justiciable de la CDBF, de décharger la responsabilité d'un collaborateur, par un ordre écrit, devrait être réexaminée.

ii. L'extension du champ des infractions et des sanctions

La CDBF dispose ensuite pour sanctionner la responsabilité des gestionnaires publics d'un ensemble d'infractions qui s'avère large, souple, relativement facile à utiliser et déclaré conforme à la Constitution[8]. Son efficacité serait cependant accrue si le champ de ses infractions était élargi.

En premier lieu, une adaptation de l'infraction relative à l'octroi d'un avantage injustifié pourrait être proposée. Pour l'heure, seul l'avantage injustifié procuré à autrui est sanctionné. **Il s'agirait donc d'étendre la sanction à l'avantage injustifié procuré à soi-même[9].** L'exigence d'un préjudice financier pour caractériser cet avantage injustifié pourrait par ailleurs être supprimé. Il n'est en effet pas cohérent et même paradoxal que les conditions de l'infraction de droit public financier soient plus restrictives que celle du délit de favoritisme qui ne comporte pas une telle limitation.

Devant l'exigence constitutionnelle de fidélité et de fiabilité des comptes, **une infraction de présentation de comptes insincères par les gestionnaires d'organismes publics** pourrait également être créée. En effet, il n'existe de textes incriminant d'une façon générale les irrégularités liées à la tenue des comptabilités publiques, à la différence de ce qui est prévu en matière de droit des sociétés commerciales. En outre, des comptes insincères pourraient être considérés comme relevant de qualifications de faux et usage de faux, ce qui apparaît comme une incrimination inadaptée.

Enfin une infraction de manquement grave et répété dans l'exécution des mesures de redressement pourrait être créée lorsque les gestionnaires, par leur action, portent atteinte au fonctionnement normal de la collectivité et altèrent durablement sa situation budgétaire et financière.

Par ailleurs, la nature des sanctions susceptibles d'être prononcées par la Cour de discipline budgétaire et financière pourrait évoluer : outre l'amende, pourrait ainsi être notamment prévue l'interdiction temporaire des fonctions d'ordonnateur ou de comptable. Un délit d'entrave, similaire à celui existant devant la Cour des comptes, pourrait enfin être créé, et le délai de prescription pourrait être porté de cinq à six années pour l'aligner sur la prescription pénale.

---

[8] Cons. Const., décision 2014-423 QPC du 24 octobre 2014.

[9] Article L. 313-6 du CJF : « *Toute personne visée à l'article L. 312-1 qui, dans l'exercice de ses fonctions ou attributions, aura, en méconnaissance de ses obligations, procuré à autrui* ***ou à soi-même*** *un avantage injustifié, pécuniaire ou en nature, entraînant un préjudice pour le Trésor, la collectivité ou l'organisme intéressé, ou aura tenté de procurer un tel avantage sera passible (...)* ».

c. La recherche d'une meilleure articulation des poursuites devant le juge pénal et la CDBF

Une frontière étanche ne peut être trouvée entre les infractions de droit pénal et celle du droit public financier. De manière plus spécifique, la méconnaissance des règles encadrant la commande publique constitue l'un des exemples pour lequel l'articulation entre les deux ordres de juridiction doit être par priorité optimisée[10].

La saisine de la juridiction pénale devrait ainsi être réservée aux seuls manquements au devoir de probité. Une meilleure orientation des affaires entre la juridiction pénale et la CDBF doit pouvoir être organisée et le cumul des poursuites demeurer exceptionnel grâce à une régulation opérée par les parquets : Procureur général près la Cour des comptes et parquets judiciaires. À l'issue de la concertation des parquets, une affaire serait orientée vers l'un ou l'autre champ de responsabilité, étant entendu que cette orientation ne serait pas irréversible, la poursuite pénale pouvant, par exemple, prendre le relais d'une instruction CDBF si une affaire s'avérait particulièrement complexe et nécessiter une réponse pénale.

[10]Les manquements en matière de commande publique constituent 35 % des transmissions pénales des CRC entre 2015 et 2017 et 27 % des transmissions de la Cour sur la même période.